Die Auslegung von Gesetzen

Wank / Maties

7., neu bearbeitete Auflage 2023
ISBN 978-3-8006-7058-1
Vahlen

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.
beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

ter den Wohnungsbegriff des Art. 13 I GG fallen. Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch sind Geschäftsräume keine Wohnungen, sodass nach dem Wortsinn Art. 13 I GG nicht berührt zu sein scheint.

b) Systematik

In systematischer Hinsicht ist zu beachten, dass Art. 13 I GG hinsichtlich der Geschäftsräume Hilfsgrundrecht zu Art. 12 GG ist.

c) Entstehungsgeschichte

Die Entstehungsgeschichte spricht für eine weite Interpretation des Art. 13 I GG.

aa) Aus der Vorgeschichte lässt sich Art. 115 WRV zur Auslegung heranziehen. Diese Norm wurde weit ausgelegt. Unter dem Begriff Wohnung wurden auch Geschäftsräume verstanden.

bb) Die Entstehungsgeschichte im engeren Sinne zeigt, dass die Verfasser des Grundgesetzes zwar auf eine frühere Regelung zurückgegriffen haben, dass dadurch aber keine Änderung der Auslegung des Wohnungsbegriffs beabsichtigt war.

cc) In der Entwicklungsgeschichte des Art. 13 I GG hat das Schrifttum die weite Fassung des Ausdrucks Wohnung aufgegriffen.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

d) Sinn und Zweck

Anhaltspunkte für eine weite Auslegung ergeben sich auch aus dem Sinn und Zweck des Art. 13 I GG.

aa) Nur durch die weite Auslegung des Wohnungsbegriffs wird dem Grundsatz der Effektivität Rechnung getragen, demzufolge im Zweifel diejenige Auslegung zu wählen ist, die dem Grundrecht die stärkste Wirkung verleiht. Außerdem zeigt die Rechtsvergleichung, dass in anderen Verfassungen der weite Wohnungsbegriff vorherrscht. Schließlich ist nur durch die weite Auslegung der Grundrechtsschutz für juristische Personen gewährleistet.

bb) Gegen eine solche Auslegung könnte sprechen, dass viele Betretungs- und Besichtigungsrechte entfallen könnten. Praktische Schwierigkeiten können aber nicht dazu führen, dass der Schutzbereich eines Grundrechts eingeschränkt wird.

e) Gesamtergebnis

Die Ergebnisse zu den vier Auslegungskriterien weisen nicht in dieselbe Richtung. Entscheidend kommt es auf den Sinnzusammenhang zwischen Tatbestand und Rechtsfolge an. Die Abwägung der Gesetzeszwecke ergibt, dass Durchsuchungen nur nach richterlicher Anordnung zulässig sind. Für Eingriffe und Beschränkungen gilt ein unterschiedlicher Maßstab, je nachdem ob es sich um Wohnräume oder Geschäftsräume handelt. Bei Wohnräumen sind die Begriffe Eingriffe und Beschränkungen streng auszulegen, Betretungs- und Besichtigungsrechte sind hier ausgeschlossen. Das gilt auch, wenn die Räume zugleich geschäftlich genutzt werden. Bei reinen Geschäftsräumen ist jedoch das Schutzbedürfnis geringer, Betretungs- und Besichtigungsrechte sind hier unter bestimmten Voraussetzungen zulässig.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

§ 11 Rechtsfortbildung

Literatur: Bydlinski Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff S. 472 ff.; Engisch Einführung S. 193 ff.; Larenz/Canaris Methodenlehre Kap. 5, S. 187 ff.; Rüthers/Fischer/Birk Rechtstheorie Rn. 822 ff.; Vogel Methodik S. 133 ff.; Wank Grenzen; Wank Methodenlehre § 15; Zippelius Methodenlehre § 11, S. 52 ff., § 13, S. 63 ff.

Grundsätzlich lässt sich jeder Fall in einer Rechtsordnung lösen. Es kann herauskommen, dass A gegen B keinen Anspruch hat, weil es keine Anspruchsgrundlage gibt. Es kann sein, dass T nicht zu bestrafen ist, weil es für das von T begangene Delikt keinen Straftatbestand gibt. Dieses Ergebnis mag unbefriedigend sein; aber der Fall lässt sich mit dem Gesetz lösen.

Unzutreffend ist deshalb die Argumentation, Rechtsfortbildung sei erforderlich, weil der Richter sonst gegen das Rechtsverweigerungsverbot verstoße. Er dürfe keinen Prozess unentschieden lassen mit der Begründung, der Fall sei im Gesetz nicht geregelt. – Wie gezeigt, kann jeder Fall auch auf dem Boden des geltenden Rechts, ohne Rechtsfortbildung, gelöst werden.

Worum es vielmehr geht, ist Folgendes: Nehmen wir an, ein Fall sei mit dem Gesetz lösbar, aber die Lösung ist unbefriedigend. Dass der Interpret die Lösung als unbefriedigend empfindet, genügt allerdings nicht, um ihn von der Gesetzesbindung zu befreien. Vielmehr hat er zwei Möglichkeiten, die beide strengen Voraussetzungen unterliegen.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Zum einen kommt eine Vorlage an das BVerfG in Betracht, wenn das unbefriedigende Ergebnis darauf beruht, dass das Gesetz gegen die Verfassung verstößt, oder – im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens – an den EuGH in Luxemburg, wenn die Anwendung des nationalen Rechts nach Auffassung des Gerichts gegen Unionsrecht verstößt. Der Bürger kann in einem Fall des angenommenen Verfassungsverstoßes Verfassungsbeschwerde erheben, Art. 93 I Nr. 4a GG, der Richter kann die Frage nach der Verfassungswidrigkeit des Gesetzes im Rahmen seines konkreten Prozesses dem BVerfG gem. Art. 100 GG vorlegen.

Die andere Möglichkeit besteht in einer richterlichen Rechtsfortbildung. Die Voraussetzungen für deren Zulässigkeit ergeben sich teils aus der Auslegungslehre, teils aus dem Verfassungsrecht.

Vorangehen muss zunächst immer die Feststellung, dass sich das gewünschte Ergebnis nicht schon im Wege der Auslegung erreichen lässt, zB durch eine erweiternde oder durch eine einschränkende Auslegung. Folgt man der hM (Theorie der Wortsinngrenze), so kommt es darauf an, ob sich eine Interpretationsmöglichkeit finden lässt, die noch vom möglichen Wortsinn der Vorschrift gedeckt wird (dann noch Auslegung), oder ob die Interpretation sich nicht innerhalb dieser Grenze hält (dann ist nur Rechtsfortbildung möglich).

Deshalb gelangt man nach hM zu einer Analogie (unten III. 1.) oder zu einer teleologischen Reduktion (unten III. 3.) nur dann, wenn man festgestellt hat, dass ein konkretes Auslegungsergebnis vom Wortlaut nicht gedeckt ist.

Wie dargelegt (s. oben § 5 I 2), ist demgegenüber die Gesetzessinntheorie zugrundezulegen: Die Grenze der Auslegung ist erreicht, wenn die Interpretation des vorliegenden Rechtssatzes nicht mehr vom Zweck der Vorschrift gedeckt ist. Dagegen kommt die Aufstellung eines neuen Rechtssatzes im Wege der Rechtsfortbildung in Betracht, wobei der Sinn des vorliegenden Rechtssatzes zu berücksichtigen ist (vgl. das Beispiel unten in § 12).

In den weiteren Ausführungen müsste daher nach der hier vertretenen Theorie die Wortlautgrenze jeweils durch die Grenze des Gesetzeszwecks ersetzt werden.

I. Die Gesetzeslücke

Literatur: Bydlinski Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff S. 472 ff.; Engisch Einführung S. 194 ff.; Larenz/Canaris Methodenlehre Kap. 5, 2, S. 191 ff.; Rüthers/Fischer/Birk Rechtstheorie Rn. 822 ff.; Wank Grenzen S. 69 ff.; Wank Methodenlehre § 15 Rn. 44 ff., 78 ff.; Zippelius Methodenlehre § 11 I, S. 53 ff.

Wie in der Methodenlehre seit längerem anerkannt ist, ist Voraussetzung für eine Rechtsfortbildung, dass eine Gesetzeslücke vorliegt: Das Gesetz enthält eine Regelung nicht, die es enthalten müsste. Aber woran ist es zu messen, dass die gesuchte Regelung vorhanden sein müsste und woran erkennt man eine Lücke?

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Das gedankliche Gebäude und die Terminologie der Lückentheorie sind etwas verwirrend. Entscheidend ist zunächst die Feststellung, dass der Richter bei der Rechtsfortbildung etwas vornimmt, was eigentlich Aufgabe des Gesetzgebers ist.

Vorab ist daher zu klären, ob der Gesetzgeber eine Rechtsfortbildung erkennbar verboten oder erkennbar erlaubt hat.

1. Verbot der Rechtsfortbildung

Literatur: (zum Analogieverbot im Strafrecht) Rengier, Strafrecht AT, 13. Aufl. 2021, § 4 Rn. 31 ff.

Erkennbar verboten ist eine Rechtsfortbildung einmal im Hinblick auf eine Analogie zulasten des Täters im Strafrecht gem. *Art. 103 II GG*. Des Weiteren kann sich ein Verbot dadurch ergeben, dass der Gesetzgeber eine *Aufzählung* (Enumeration) wählt mit der Folge, dass die Norm nur in den genannten Fällen angewandt werden darf (s. auch unten zum Umkehrschluss).

2. Erlaubte Rechtsfortbildung

Erkennbar erlaubt ist die Rechtsfortbildung dann, wenn bereits der Gesetzgeber einen weiteren Regelungsbedarf gesehen hat, dem er aber nicht nachkommen konnte oder wollte. In diesen Fällen kann der Gesetzgeber die Frage bewusst einer Klärung durch

Rechtsprechung und Lehre überlassen. Dies wird regelmäßig in den Materialien (typischerweise in der amtlichen Begründung des Gesetzes) zum Ausdruck kommen *(„anfängliche bewusste Lücke")*.

Ein „Stück offengelassener Gesetzgebung" liegt auch vor, wenn der Gesetzgeber zu unbestimmten Rechtsbegriffen, wertausfüllungsbedürftigen Begriffen oder zu Generalklauseln greift. Vielfach wird gesagt, dass die Rechtsprechung in diesen Fällen freie Hand habe. Das gilt jedoch nur für eine normale Fortentwicklung dieser Rechtsfiguren. Eine grundlegende Abkehr vom bisherigen Verständnis kann aber auch hier eine Rechtsfortbildung bedeuten. – Mit der herrschenden objektiven Auslegungstheorie wird man der Problematik allerdings nicht gerecht, da dann unter einem weit gefassten Wortlaut alle nur möglichen Veränderungen noch als Auslegung erlaubt sind.

Ohne derartige Vorgaben ist zweifelhaft, ob im Einzelfall eine Rechtsfortbildung zulässig ist. Wenn überhaupt eine Lücke vorliegt, dann handelt es sich um eine *unbewusste Lücke*; der Gesetzgeber hat sich weder zur Erlaubnis noch zum Verbot der Rechtsfortbildung Gedanken gemacht.

Diese unbewusste Lücke kann schon beim Inkrafttreten des Gesetzes bestanden haben *(anfängliche unbewusste Lücke)*. Das Problem kann aber auch erst später entdeckt worden oder auch erst später entstanden sein, zB durch einen Wandel der Rechtstatsachen oder einen Wandel des Normumfeldes *(nachträgliche unbewusste Lücke)*. Eine Anpassung ist in gewissen Grenzen durch Auslegung möglich, insbesondere wenn man der objektiven Auslegungstheorie folgt; aber auch nach der geltungszeitlich-subjektiven Theorie.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Jenseits dieser Grenze kommt eine Rechtsfortbildung in Betracht. Wie stellt man aber fest, ob die dafür erforderliche Lücke besteht, ob die Regelung also unvollständig ist? Maßstab dafür kann nicht das Rechtsempfinden des Interpreten sein („rechtspolitischer Mangel"); sondern Maßstab ist die Regelungsabsicht des Gesetzgebers. Da der Gesetzgeber aber seine Vorstellung nach seiner Meinung korrekt im Gesetz zum Ausdruck gebracht hat, kann diese Regelungsabsicht nur erschlossen werden. Auszugehen ist davon, dass der Gesetzgeber eine folgerichtige, stimmige Regelung beabsichtigte. Die vorhandene Regelung ist daher darauf zu überprüfen, ob sie dem Gleichheitssatz genügt. Gibt es keinen sachlichen Grund dafür, bestimmte Fälle, die das Gesetz nicht erfasst, auszuklammern, dann ist das Gesetz unter Beachtung des Gleichheitssatzes insofern lückenhaft. Soweit sich die Lückenfeststellung nur am Regelungszweck und am Gleichheitssatz orientiert, liegt eine Lückenfeststellung im Hinblick auf eine sogenannte gesetzesimmanente Rechtsfortbildung vor, auf eine sogenannte Rechtsfortbildung intra legem.

In der Lückentheorie wird des Weiteren zwischen *offenen und verdeckten Lücken* unterschieden. Fehlt eine Regelung, die nach dem Regelungszweck zu erwarten wäre, liegt eine offene Lücke vor; sie wird durch Analogie geschlossen. Enthält das Gesetz dagegen eine Ausnahmevorschrift nicht, die es nach dem Zweck des Gesetzes enthalten sollte, liegt eine verdeckte Lücke vor. Eine Regelung insgesamt ist gegeben, und das verdeckt den Blick dafür, dass eine Zusatzregelung fehlt. Verdeckte Lücken werden durch teleologische Reduktion geschlossen (s. unten III. 3.).

Über die gesetzesimmanente Rechtsfortbildung hinaus soll es, wie in der Methodenlehre vertreten wird, auch Gesetzeslücken gemessen an der Rechtsordnung insgesamt

geben, also „über den Plan des Gesetzes hinaus“ (*„gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung“, Larenz/Canaris* Methodenlehre Kap. 5, 4., S. 232 ff.). – Es liegt auf der Hand, dass in diesem Fall ein Anhalt im Gesetz fehlt und dass sich vor dem Hintergrund eines nur abstrakt genug gewählten Prinzips immer leicht eine Lücke feststellen lässt. Die Gründe, die eine solche Rechtsfortbildung über den Plan des Gesetzes hinaus rechtfertigen sollen, sind äußert vage formuliert. Eine Rechtsfortbildung soll möglich sein mit Rücksicht auf

- die Bedürfnisse des Rechtsverkehrs
- die Natur der Sache
- ein rechtsethisches Prinzip.

Sofern eine Lücke auf derartige Begründungen gestützt wird, dürfte es sich eher um eine rechtspolitische Forderung als um eine echte Lücke handeln.

Für die Ausbildung kann dieser Bereich außer Betracht gelassen werden. In Ihren Arbeiten, und zwar auch in Klausuren, wird es allenfalls darum gehen, eine gesetzesimmanente Rechtsfortbildung, in den meisten Fällen eine Analogie, vorzunehmen. Dagegen wird von Ihnen nicht verlangt, im Wege der Rechtsfortbildung neue Rechtsinstitute zu entwickeln.

Die Voraussetzung, dass eine Lücke vorliegt, bildet nur das erste Filter für eine Rechtsfortbildung. Hinzu kommen müssen verfassungsrechtliche Voraussetzungen.

II. Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsfortbildung

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Literatur: Rüthers/Fischer/Birk Rechtstheorie Rn. 704 ff.; Wank Grenzen S. 82 ff.; Wank Methodenlehre § 15 Rn. 22 ff.

In der Methodenlehre wurde früher vielfach der Eindruck erweckt, als seien die Grenzen der Auslegung allein methodischer Art. Tatsächlich ergeben sich die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung aus Methodenlehre und Verfassungsrecht.

In der Methodenlehre wird nach hM unterschieden zwischen Auslegung (innerhalb der Grenzen des möglichen Wortlauts) und Rechtsfortbildung (jenseits des möglichen Wortlauts). Diese Überbetonung des Wortlauts ist abzulehnen (s. oben § 5 I 2). Eine Grenze aus der Methodenlehre ergibt sich vielmehr insoweit, als eine Gesetzeslücke Voraussetzung für eine Rechtsfortbildung ist (s. vorstehend I).

Darüber hinaus ergeben sich Grenzen aus dem Verfassungsrecht. Zwar ist Auslegung als Ermittlung des Gesetzgeberwillens weitgehend ohne Berücksichtigung des Verfassungsrechts möglich. Wenn es aber um die Frage geht, ob sich Gerichte über den Willen des Gesetzgebers hinwegsetzen dürfen, ist Verfassungsrecht, insbesondere das Gewaltenteilungsprinzip, betroffen.

Ist der Richter nach Art. 97 GG an das Gesetz gebunden, so darf er sich nur aus besonderen Gründen über das Gesetz hinwegsetzen. Rechtsfortbildung ist daher nur in den verfassungsrechtlichen Grenzen möglich, die Rechtsstaatsprinzip, Demokratieprinzip und insbesondere Gewaltenteilungsprinzip ziehen.

Aus dem Demokratieprinzip folgt, dass Gerichte im Wege der Rechtsfortbildung keine politisch umstrittenen Neuerungen einführen dürfen; dazu ist der durch Wahlen legitimierte Gesetzgeber berufen.

Nach dem Gewaltenteilungsprinzip soll – abgesehen von ausdrücklichen Kompetenzzuweisungen – diejenige Teilgewalt eine Aufgabe erfüllen, die dafür die besten Voraussetzungen bietet. Deshalb bleiben zB Neuregelungen, die eingehender Untersuchungen oder weitreichender Umgestaltungen im Rechtssystem bedürfen, dem Gesetzgeber vorbehalten.

III. Lückenschließung

Literatur: Bydlinski Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff S. 475 ff.; Engisch Einführung S. 203 ff.; Larenz/Canaris Methodenlehre Kap. 5, 2, S. 202 ff.; Rüthers/Fischer/Birk Rechtstheorie Rn. 878 ff.; Wank Methodenlehre § 15 Rn. 91 ff.; Zippelius Methodenlehre § 11 II, S. 56 ff.

Haben Sie festgestellt, dass

- eine Gesetzeslücke vorliegt und dass
- eine Lückenschließung durch die Gerichte nicht gegen Verfassungsrecht verstoßen würde,

so geht es nunmehr darum, die Lücke zu schließen. Sowenig wie die Auslegung nach dem subjektiven Empfinden des Interpreten erfolgen darf, sowenig ist Rechtsfortbildung unter vager Berufung auf die Rechtsidee oder die Gerechtigkeit zulässig. Vielmehr muss sich die Lückenschließung an den Wertungen des geltenden Rechts orientieren. Bei dem wichtigsten Mittel für die Lückenschließung, der Analogie, bedeutet das, dass die Gleichheit der Interessenlage zwischen geregeltem und ungeregeltem Fall nachgewiesen werden muss und dass dann die Lücke in einer bestimmten Weise zu schließen ist.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Analogie

- Fall A ist gesetzlich geregelt im Sinne von x.
- Fall B ist gesetzlich nicht geregelt.
- Die Fälle A und B sind einander ähnlich, es besteht dieselbe Interessenlage.
- Also müsste der Fall B wie der Fall A geregelt werden.

An Mitteln für eine Lückenschließung kommt aber nicht nur die Analogie in Betracht, sondern:

- Umkehrschluss
- teleologische Reduktion = Restriktion
- die Berufung auf Rechtsprinzipien.

1. Analogie

An Analogieschlüssen unterscheidet man:

- Gesetzesanalogie
- Rechtsanalogie

- Schluss vom Kleineren auf das Größere
- Schluss vom Größeren auf das Kleinere.

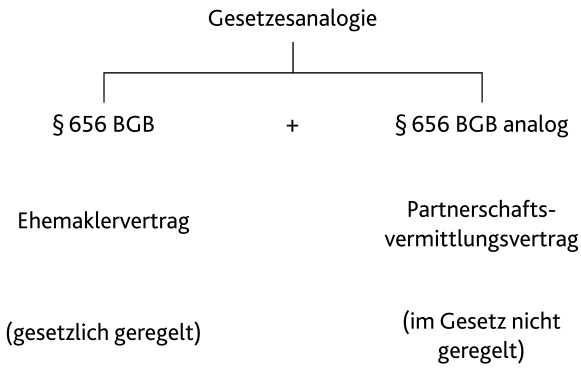
a) Gesetzesanalogie

Bei der Gesetzesanalogie wird nur eine einzelne Vorschrift für die Analogie herangezogen.

> **Beispiel** (BGH NJW-RR 2004, 778): Der alleinstehende Herr A schreibt an die „Agentur B": „Ich beauftrage hiermit die B, mir aus ihrer Kundenkartei eine Partnerin für Freizeitkontakte zu vermitteln." A und B vereinbaren ein Entgelt von 1.800 EUR. B vermittelt A eine Interessentin, mit der A in den nächsten Monaten viel gemeinsame Freizeit verbringt. Von Heirat war zwischen den beiden bisher nicht die Rede. A verweigert die Zahlung der 1.800 EUR an B.

Der Anspruch der B könnte nach § 656 I 1 BGB unbegründet sein. Die Vorschrift betrifft jedoch nur „den Nachweis zur Gelegenheit zur Eingehung einer Ehe oder für die Vermittlung des Zustandekommens einer Ehe". Derartige Leistungen waren nicht Gegenstand des Vertrages, sondern nur die Vermittlung von Freizeitkontakten. Der Anspruch der B könnte daher nach § 652 BGB begründet sein, ohne dass er durch § 656 I 1 BGB ausgeschlossen wäre.

Während sich der Wortlaut nur auf den „Ehemaklervertrag" bezieht, könnte der Sinn der Vorschrift für eine Erstreckung auf den „Partnerschaftsvermittlungsvertrag" sprechen. Dieser Vertragstyp hat den zurzeit des Inkrafttretens des BGB verbreiteten Ehemaklervertrag praktisch verdrängt. Für diesen Vertragstyp fehlt eine spezielle gesetzliche Regelung, es liegt also eine (unbewusste) Regelungslücke vor. Diese Lücke ist auch planwidrig: Dem Sinn des Gesetzes, einen Eingriff in die Persönlichkeitssphäre durch Ehemaklerprozesse zu verhindern, entspräche eine Regelung auch für derartige Verträge. Die Interessenlage ist vergleichbar. Der typische Sinn derartiger Vermittlungen ist nicht auf einzelne gemeinsame Freizeitunternehmungen gerichtet (wie zB die gemeinsame Teilnahme an einem Tanzkurs), sondern auf eine dauerhafte Partnerschaft. In beiden Fällen besteht ein schützenswertes Diskretionsbedürfnis des Kunden. Daher ist § 656 BGB auf die Klagbarkeit des Vergütungsanspruchs bei derartigen Verträgen analog anzuwenden. Es besteht kein Anspruch der B.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Beispiel für eine Gesetzesanalogie